

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Procedimiento Ordinario 0000275/2023

NIG: 3907533320230000263

Sección: Sección 1-3-5

TX901

Avda Pedro San Martín S/N Santander Tfno: 942 35 71 24 Fax: 942 35 71 35

Puede relacionarse telemáticamente con esta
Admón. a través de la sede electrónica.
(Acceso Vereda para personas jurídicas)
<https://sedejudicial.cantabria.es/>

FECHA DE NOTIFICACION:
26/09/2024



SENTENCIA nº 000284/2024

Firmado por:
Clara Penín Alegre ,
Rafael Losada Armada ,
José Ignacio López Cárcamo ,
Esther Castanedo García

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html>

CSV: 3907533000-f8b6f2c0b1ee553173d877944918ad34104AA==

Fecha: 20/09/2024 12:07

Ilmo. Sr. Presidente

Don Rafael Losada Armadá

Ilmos. Sres. Magistrados

Doña Clara Penín Alegre

Don José Ignacio López Cárcamo

Doña María Esther Castanedo García

En la ciudad de Santander, a trece de septiembre de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso número **275/23**, interpuesto por el Sindicato Independiente de Empleados Públicos SIEP, parte representada por la Procuradora Sra. Doña Virginia Montes Guerra y defendida por el Letrado Sr. Don Antonio Blanco Arriola, siendo parte demandada el Gobierno de Cantabria, representado y defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

La cuantía del recurso quedó fijada como indeterminada.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña Clara Penín Alegre, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Firmado por:
Clara Penín Alegre ,
Rafael Losada Almada ,
José Ignacio López Cárcamo ,
Esther Castanedo García

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://portaldaprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html>

CSV: 3907533000-f8b6f2c0b1ee553173d877944918ad3410j4AA==

Fecha: 20/09/2024 12:07

PRIMERO: El recurso figura que tuvo entrada en la Sala el día 20 de noviembre de 2023 impugnándose con él la Resolución de 20 de septiembre de 2023, de la Excma. Sra. Consejera de Presidencia, Justicia, Seguridad y Simplificación Administrativa (P.D. la Ilma. Sra. Dra. De Función Pública), publicada en el BOC de fecha 25 de septiembre de 2023 se hizo pública la relación de aspirantes que han superado el proceso selectivo para el ingreso, mediante concurso-oposición, en el Cuerpo Técnico Superior, Rama Jurídica, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

SEGUNDO: En su escrito de demanda, la parte actora interesa de la Sala dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la actuación combatida, por ser contraria al ordenamiento jurídico.

TERCERO: En su escrito de contestación a la demanda la Administración demandada solicita de la Sala la desestimación del recurso, por ser conforme a Derecho el acto administrativo que se impugna.

CUARTO: Practicados los trámites requeridos, se señaló fecha para la deliberación, votación y fallo para el día 24 de julio de 2024 si bien la efectiva deliberación se adelantó por razones organizativas de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es objeto del presente recurso la resolución de 20 de septiembre de 2023, de la Excmo. Sra. Consejera de Presidencia, Justicia, Seguridad y Simplificación Administrativa (P.D. la Ilma. Sra. Dra. De Función Pública), publicada en el BOC de fecha 25 de septiembre de 2023 se hizo pública la relación de aspirantes que han superado el proceso selectivo para el ingreso, mediante concurso-oposición, en el Cuerpo Técnico Superior, Rama Jurídica, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria correspondiente a la convocatoria realizada por Orden PRE/115/2022, de 28 de noviembre, BOC 1-12-22, en cuanto ofertan los puestos singularizados nº 7456 Asesor Jurídico, nº 8469 Técnico de Explotación de transporte aéreo, y nº 6565 Asesor Jurídico.

Firmado por:
Clara Peñín Alegre ,
Rafael Losada Almada ,
José Ignacio López Cárcamo ,
Esther Castaño García

Fecha: 20/09/2024 12:07

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://portaldaprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html>

CSV: 3907533000-f8b6f2c0b1ee553173d877944918ad34104AA==

SEGUNDO: La parte recurrente alega que dicha oferta es contraria a derecho respecto de los puestos singularizados 7456, 8469 y 6565 por no haber sido ofrecidos previamente vía concurso de méritos a los funcionarios de carrera de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, cuando conllevan mayor nivel y complemento específico, vulnerando así:

1º Los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (artículos 23.2 y 103 CE) además del de promoción (artículo 16 EBEP), arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el Acuerdo publicado en el BOC 23-12-2005. Entiende que el Acuerdo de 2005, conforme al artículo 38 del EBEP, genera derechos y obligaciones y la ausencia de oferta previa vía concurso a quienes ya son funcionarios cercena su derecho de acceso con quiebra de todos los principios referidos invocando el Decreto 26/2007 en su redacción dada en el Decreto 56/2018.

2º Subsidiariamente, ausencia de motivación (artículo 23.2 y artículo 35.1.i de la Ley 39/2015) y arbitrariedad (artículo 9.3 CE). De considerarse un acto discrecional, la motivación es imprescindible, invocando las SSTS, Sala 3^a, de 10-12-2007 y del Pleno, de 20-11-2013, rec. 13/2013.



Firmado por:
Clara Peñín Alegre ,
Rafael Losada Almada ,
José Ignacio López Cárcamo ,
Esther Castañedo García

Fecha: 20/09/2024 12:07

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html>

CSV: 3907533000-f8b6f2c0b1ee553173d877944918ad34l0j4AA==

TERCERO: Se opone la parte demandada al recurso considerando errónea la interpretación que realiza el Sindicato recurrente. El Acuerdo de 2005 estaría superado respondiendo al artículo 42 de la Ley 4/1993 de Cantabria, precepto que fue modificado por el artículo 8.2 de la Ley de Cantabria 6/2005, aclarando la Exposición de Motivos que se suprimía el requisito del previo concurso de méritos antes de la oferta pública de empleo para adaptarlo al artículo 18.4 de la Ley 30/1984. Si bien este último precepto fue derogado por el EBEP, DD Única, conforme a la DF 4^a mantienen vigencia las leyes de la función pública autonómicas. Y ni el artículo 16 ni ninguno otro precepto del EBEP, ni de su texto refundido, otorgan derecho preferente a los funcionarios de carrera, citando la misma STS de 10-12-2007 en cuanto confirma cabe excluir el concurso previo. Además, el Acuerdo de 2005 habría perdido vigencia tal y como se reconoce en las sentencias dictadas en casación autonómica, rec. 15/2023 y 160/2023, por lo que sería de aplicación del Acuerdo de 2018, cuyo objetivo es la merma de los niveles de temporalidad. Lo mismo sucedería con el Decreto 56/2018 de Cantabria que modificó en este aspecto el 26/2017, en cuanto se afectó la obligación de convocar a resultas, base 9^a, que lo prevé como posibilidad.

Sobre la necesaria motivación requerida por la STS de 10-12-2007, invoca el acta de la Mesa de Negociación Pública de 20-5-2021 en que se informó de que no se iban a realizaron concursos previos pues se acababa de resolver uno para grupos A1 y A2 y estaba pendiente de resolución el de grupos A2, C1, C2 y APF aludiendo a la normativa presupuestaria y el Acuerdo de 2018 respecto de la reducción de la temporalidad, priorizando los puestos ocupados por interinos más antiguos (artículo 10 TREBEP), considerando suponía un criterio que es objetivo, general, no discriminatorio, racional por ser acorde a los principios de gestión de la Función Pública y, además, consensuado.

CUARTO: En los anteriores términos planteado el debate, el motivo principal del recurso claramente ha de ser desestimado en tanto que la normativa que lo sustenta ha sido modificada, modificación asumida por la doctrina del Tribunal Supremo, y el Acuerdo autonómico de 2005 superado, como ha declarado este Tribunal en sendos

recursos de casación. Cuestión ésta planteada en similares términos y resuelta en el PO 277.23, por lo que en la medida en que los argumentos esgrimidos sean los mismos, la Sala, por razones de coherencia, igualdad y seguridad jurídica, mantiene el mismo criterio.

Comenzando por el Acuerdo para la modernización de los Servicios Públicos y mejora de las condiciones de trabajo en la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicado en el Boletín Oficial de Cantabria nº 244, de fecha 23 diciembre de 2005, al que apela el sindicato recurrente, efectivamente establecía que

«Se ofertarán a los/as funcionarios/as de nuevo ingreso puestos de trabajo de carácter básico, o que no siéndolo no haya sido posible su cobertura por la vía del concurso de méritos».

Este Acuerdo respondía al entonces 42 de la Ley 4/1993 de Cantabria, precepto que fue modificado por el artículo 8.2 de la Ley de Cantabria 6/2005, aclarando la Exposición de Motivos que se suprimía el requisito del previo concurso de méritos antes de la oferta pública de empleo para adaptarlo al artículo 18.4 de la Ley 30/1984. El artículo 42 ahora dispone que:

«La publicación de la oferta dentro del primer trimestre de cada año natural, obliga a los órganos competentes a proceder a la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso para las vacantes comprometidas en la misma».

Por su parte, este Tribunal Superior de Justicia, en las casaciones autonómicas correspondientes a los rec. 15/2023 (sentencia del TSJ de Cantabria nº 369/2023, de 21 de noviembre) y rec. 160/2023 (sentencia del TSJ nº 69/2024, de 11 de marzo), partió de la base de que:

«los acuerdos al sucederse se van derogando unos a otros, sustituyéndose en la regulación de la misma materia. Tal y como prevé de forma expresa el artículo 38.13 del EBEP que dice: “Los Pactos y Acuerdos que sucedan a otros anteriores los derogan en su integridad, salvo los aspectos que expresamente se acuerde mantener».

El de aplicación sería el Acuerdo para la mejora de la calidad del empleo público y de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, adoptado por la Mesa General de Negociación del artículo 36.3 del EBEP de la Administración de la Comunidad Autónoma de

Cantabria, ratificado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2018 y publicado en el BOC de 23 de noviembre de 2018 que prevé:

«la elaboración y convocatoria de ofertas de empleo público que posibiliten disponer del personal necesario para atender los servicios públicos con los adecuados niveles de calidad en cada uno de los sectores y al mismo tiempo dotar a las plantillas de una de estabilidad en el empleo que suponga una merma de los niveles de temporalidad».

Este cambio fue paralelo a la modificación del apartado 2, párrafo 3º, del artículo 42 de la Ley de Cantabria 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública, antes citado, cuya inicial redacción sustentaba el Acuerdo de 2005 y cuya redacción quiso acomodarse al artículo 18.4 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Precepto éste que fue modificado por el artículo 103 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social estableciendo:

*“Las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal **no precisan de la realización de concurso previo** entre quienes tengan la condición de funcionario”.*

Por su parte, la base novena del Decreto 26/2017, de 20 de abril, por el que se aprueban las bases generales que regirán los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria reservados a funcionarios de carrera, tras la modificación del Decreto 56/2018 prevé, en cuanto a las “resultas de los concursos”, que:

«Podrá haber resultas en los concursos que así se especifique en la convocatoria, incluyendo los puestos de trabajo que queden vacantes por la adjudicación de destino a su titular”.

Tanto la normativa básica como la autonómica suprimieron la exigencia de concurso previo entre funcionarios de carrera para ofertar un puesto a los de nuevo ingreso y así lo confirmó la STS, Sala 3^a, sec. 7^a, de 10-12-2007, rec. 9458/2004.

QUINTO: Distinta es la suerte que ha de correr el recurso precisamente en base a la citada STS, Sala 3^a, sec. 7^a, de 10-12-2007, rec. 9458/2004, criterio mantenido en la ejecución de la sentencia casada, como puede apreciarse en la sentencia posterior de 22-12-2011, rec. 6545/2008 de la misma Sala y sección. El Tribunal Supremo considera que a pesar de que las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de

nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo, la exclusión del concurso debe ser razonada para evitar que los principios de mérito y capacidad queden debilitados.

Critica el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida atribuyese a la reforma del artículo 18.4 por la Ley 13/1996 un alcance más profundo al considerar que la regla general había sido modificada y que ahora ya no era obligado que las vacantes incluidas en la oferta de empleo público, y en los consiguientes procesos de ingreso de personal público, se ofrecieran previamente mediante el procedimiento de provisión correspondiente a los ya funcionarios. Y aun cuando la sentencia de instancia ponía límites al ejercicio de la potestad discrecional, consideró el Tribunal Supremo que la ausencia de constancia de haber obrado de forma contraria al interés público o de forma caprichosa o arbitraria, se casa porque no explicaba qué razones habían llevado a no ofrecer en concurso previo a los ya funcionarios unas determinadas plazas y otras sí y en qué forma el proceder de la Administración había venido a satisfacer el interés público. Y al efecto, no fue suficiente con haber convocado un concurso de traslado previo. Argumenta el Tribunal Supremo que:

«el párrafo añadido al artículo 18.4 por la Ley 13/1996 ("...las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo...") no alberga una exclusión general y automática del concurso previo sino que **atenúa su obligatoriedad**, permitiendo la norma que, de forma razonada, se excluyan determinadas plazas del concurso previo entre los ya funcionarios».

Y expresamente recoge que:

«**Lo relevante** para dilucidar si ha habido o no vulneración del derecho fundamental no es tanto -o no sólo- el número de las plazas sino **la calidad y características de las ofertadas a los aspirantes de nuevo ingreso, puestas en relación con las que han sido objeto de previo concurso de traslado** entre los ya funcionarios. Y es aquí donde opera la exigencia a que antes aludíamos de que la Administración explice las razones por las que se excluyen unas plazas y no otras del concurso de traslado previo.

En la medida en que respecto de las plazas excluidas de ese concurso queda seriamente debilitada la efectividad de los principios de mérito y capacidad, pues funcionarios con mayor

antigüedad y experiencia no tienen posibilidad de acceder a ellas y si la tienen, en cambio, los que acaban de ingresar, la afectación del derecho fundamental sólo resulta admisible si la Administración, en el ejercicio de su potestad de organización, explica el interés público que se trata de proteger y expone los criterios seguidos para aplicar ese tratamiento diferenciado a unas y otras plazas, enervando así cualquier sospecha de arbitrariedad. Sólo de este modo queda justificado el sacrificio del mencionado derecho a la igualdad, que como es sabido no sólo opera en el momento de acceso a la función pública sino también durante el desarrollo de la función o el desempeño del cargo».

Esta motivación específica es la que se cuestiona respecto de la oferta de los puestos singularizados nº 5565 “Técnico de Ayudas” y nº 5880 “Técnico Comarcal Agrario” en cuanto conllevan mayor nivel y complemento específico y se ofrecen a los funcionarios de nuevo ingreso, sin que aquéllos de antigüedad y experiencia tengan posibilidad de acceder a ellas. Y en la motivación genérica que ofrece la Administración, comenzando con la decisión trasladada a los sindicatos de que no se iba a realizar otro concurso previo pues ya se había resuelto uno para unas grupos y para otros estaba pendiente de resolución, amparándose en el objetivo de reducir la temporalidad y ofertando primero los puestos ocupados por interinos más antiguos. Si bien consta se sometió a negociación sindical, no puede predicarse que con ello que hubiera acuerdo al respecto. En concreto, el sindicato recurrente indicó en este punto, según se deduce del acta obrante como documento nº 8.

La ausencia de motivación sobre este extremo y, en concreto, la no sumisión a concurso de méritos de puestos con mayor nivel y complemento, sin efectuar un mínimo esfuerzo comparativo con los que sí se sometieron a ello, casa mal con las exigencias de motivación del Tribunal Supremo, máxime cuando los puestos que han sido ocupados por interinos más antiguos suelen ser, en muchos supuestos, aquéllos en que mayor abuso se ha cometido por parte de la Administración hurtándolas a los concursos de méritos desde hace tiempo.

De ahí que se estime el recurso y se declare la nulidad de la oferta al personal de nuevo ingreso de los 3 puestos de trabajo ya indicados: 7456 Asesor Jurídico, nº 8469 Técnico de Explotación de transporte aéreo, y nº 6565 Asesor Jurídico, que deberán

ser objeto de cobertura vía concurso de méritos con carácter previo al ofrecimiento a los funcionarios de nuevo ingreso.

SEXTO: De conformidad con el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al resolver en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

F A L L A M O S

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por Sindicato Independiente de Empleados Públicos SIEP, parte representada por la Procuradora Sra. Doña Virginia Montes Guerra contra la Resolución de 20 de septiembre de 2023, de la Excma. Sra. Consejera de Presidencia, Justicia, Seguridad y Simplificación Administrativa, publicada en el BOC de fecha 25 de septiembre de 2023 se hizo pública la relación de aspirantes que han superado el proceso selectivo para el ingreso, mediante concurso-oposición, en el Cuerpo Técnico Superior, Rama Jurídica, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria correspondiente a la convocatoria realizada por Orden PRE/115/2022, de 28 de noviembre, BOC 1-12-22. En consecuencia, se declara la nulidad de la oferta al personal de nuevo ingreso de los puestos de trabajo ya indicados: puestos singularizados nº 7456 Asesor Jurídico, nº 8469 Técnico de Explotación de transporte aéreo, y nº 6565 Asesor Jurídico, que deberán ser objeto de cobertura vía concurso de méritos con carácter previo al ofrecimiento a los funcionarios de nuevo ingreso. Todo ello imponiendo las costas a la Administración que ha visto desestimadas todas sus pretensiones.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber, conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma solo cabe interponer recurso de casación ante la Sala correspondiente (del

Tribunal Supremo si la infracción afecta a normas de derecho estatal o de la Unión Europea), única y exclusivamente, en el caso de que concurra algún supuesto de interés casacional objetivo y con los requisitos legales establecidos, todo ello de conformidad con los artículos 86 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en redacción dada por Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio; dicho recurso habrá de prepararse ante esta sala del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el plazo de treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, remítase testimonio de esta, junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las partes e intervenientes en el presente procedimiento judicial quedan informadas de la incorporación de sus datos personales a los ficheros jurisdiccionales de este órgano judicial, responsable de su tratamiento, con la exclusiva finalidad de llevar a cabo la tramitación del mismo y su posterior ejecución. El Consejo General del Poder Judicial es la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.